

Changement de paradigme dans les marchés publics ?

Marc Steiner,
Juge au Tribunal administratif fédéral*

*Le conférencier exprime son opinion personnelle.

online / 27 janvier 2021

Structure de la présentation

- Qu'y a-t-il de spécial dans la réglementation des marchés publics?
- Révision de la LMP et de l'AIMP
- Les trois visions (couches) possibles
- Offre la plus avantageuse / concurrence axée sur la qualité et le prix (art. 41 LMP)
- L'achat public durable selon la nouvelle Loi sur les marchés publics du 21 juin 2019

Qu'y a-t-il de particulier dans la réglementation des marchés publics?

A la différence du droit économique et administratif « normal » (par exemple droit des cartels ou surveillance des marchés financiers), l'Etat ne règle pas, à travers la loi sur les marchés publics, en premier lieu les entreprises proposant leurs services, mais l'administration elle-même, autrement dit, le mandant.

L'harmonisation du droit des marchés publics comme but de la révision

Outre la mise en œuvre de l'AMP 2012 (droit des marchés publics OMC), l'un des principaux objectifs de la révision était d'harmoniser autant que possible et lorsque cela était pertinent les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics (LMP/AIMP). Cette harmonisation est demandée par l'économie depuis plusieurs années, l'hétérogénéité du droit actuel constituant une source d'insécurité juridique et de procédures coûteuses.

Témoins de l'histoire juridique dans une perspective suisse (3 couches archéologiques)



online, 27 janvier 2021

L'histoire juridique au quotidien / trois couches archéologiques

- Couche 1: le marché intérieur n'est pas très dynamique, l'ouverture du marché n'est pas l'objectif principal; népotisme, protectionisme et ententes cartellaires
- Couche 2: loi sur le marché intérieur, loi sur les cartels, Accord de l'OMC relatif aux marchés publics de 1994, LMP et AIMP; ouverture du marché, concurrence (axée sur le prix), argent
- Couche 3: GPA 2012 / directives de l'EU 2014 / LMP et AIMP 2019: gouvernance, concurrence axée sur la qualité, innovation, durabilité

L'offre la plus avantageuse économiquement selon art. 67 de la directive 2014/24/UE I

La nouvelle législation de l'UE relative aux marchés publics vise un mouvement du prix le plus bas vers le meilleur rapport prix/prestation et, partant, une nouvelle culture d'adjudication; s'écartant de la réglementation précédente, le législateur de l'UE n'accorde, à l'avenir, qu'une importance secondaire à la pure concurrence axée sur le prix (Soudry/Hettich, p. 64; cf. également 19. forum vergabe Gespräche 2018, p. 191 ss.).

L'offre la plus avantageuse économiquement selon art. 67 de la directive 2014/24/UE II

« The new criteria will put an end to the dictatorship of the lowest price and once again make quality the central issue », Mr. Tarabella explained.

(Communiqué de presse du 15 janvier 2014 concernant l'approbation du Parlement européen des nouvelles directives de l'UE relatives aux marchés publics)

LMP: Comment expliquer le résultat à première vue pas évident?



La compétition axée sur la qualité

« Avec le projet approuvé (juin 2018; Conseil national), la qualité et la durabilité sont au coeur de l'évaluation des offres, à côté du prix. L'approche selon laquelle l'offre la meilleure marché **n'est pas** la meilleure offre semble s'être également imposée au Conseil national. A travers cette révision, il veut donner aux adjudicateurs un instrument efficace, leur permettant de retenir l'offre qualitativement la meilleure. Ce point est extrêmement important pour les constructions, ... » [surtout art. 29, 38 et 41] (bauenschweiz/constructionsuisse)

Les objectifs du droit des marchés publics selon la nouvelle législation

Art. 2 LMP/AIMP 2019:

La présente loi vise les buts suivants:

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;
- b. la transparence des procédures d'adjudication;
- c. l'égalité de traitement [...]
- d. une concurrence efficace et équitable [...], en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption.

Art. 12 LMP / Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ...

al. 2: Les marchés publics portant sur des prestations à exécuter à l'étranger ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 6. L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles.

Durabilité et compétition axée sur la qualité

Art. 56 al. 3 LMP:
L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours.
-> Culture d'adjudication

Art. 29 al. 1 LMP:
L'importance des critères d'adjudication qualitatives est soulignée.

Art. 41 al. 1 LMP:
Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.
-> Compétition axée sur la qualité

Art. 12 al. 2 LMP:
La protection des travailleurs (aussi à l'étranger) comme standard minimum

Art. 38 al. 3 LMP:
Traitement des offres avec prix anormalement bas

Art. 12 al. 3 LMP / Art. 4 al. 3 OMP:
Respect du droit de l'environnement

Critère d'adjudication développement durable et commerce équitable (art. 29 LMP)

La prise en compte de la dimension sociale conduit par exemple à acheter des produits issus du commerce équitable [...] ou encore à fixer des exigences concernant la sécurité au travail (Message LMP, FF 2017 1788).

Conclusion

La nouvelle LMP (aussi bien que la nouvelle AIMP) a comme objectif entre autres l'achat public durable. La nouvelle formule de l'art. 41 LMP ("l'offre la plus avantageuse") met l'accent sur la compétition axée sur la qualité. Sous l'angle "Max Havelaar" sont notamment remarquables les nouvelles dispositions quant aux standards minimum concernant la protection des travailleurs (art. 12 LMP) et le fait, que le produit soit "fair trade", peut être valorisé dans le cadre du critère d'adjudication "développement durable" (art. 29). C'est un vrai changement de paradigme.